

# Konkurransetilsynets veiledningsplikt – på bakgrunn av forvaltningens alminnelige veiledningsplikt<sup>1</sup>

Av Hans Petter Graver

## Hans Petter Graver

ble cand. jur. 1980 og dr. juris 1986, og har vært professor ved Universitetet i Oslo fra 1993. Han har praksis fra offentlig forvaltning og Regjeringsadvokaten, og har vært leder for utvalget som la frem forslaget til ny konkurranselov. Han er nå ved markedsrettsprosjektet ved Institutt for privatrett.

## 1 Innledning

Med den nye konkurranseloven ble det innført en plikt for Konkurransetilsynet til å veilede foretak om konkurranselovens bestemmelser. Bakgrunnen for denne plikten er behovet for veiledning som oppstår som følge av at loven bygger på et generelt forbud mot konkurranseskadelig atferd, samtidig med at man har forlatt systemet med notifikasjon og godkjenning av avtaler i EØS-systemet. Det har i praksis vist seg å være en viss usikkerhet knyttet til hvor langt tilsynets veiledningsplikt går og hva foretakene kan kreve av avklaring fra tilsynet når det gjelder deres opptreden i markedet.

Konkurranselovens veiledningsbestemmelse er inntatt i § 9 annet ledd. I tillegg er tilsynet selvsagt underlagt forvaltningsorganenes alminnelige veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Siktemålet med denne artikkel er å klarlegge rekkevidden av tilsynets veiledningsplikt på bakgrunn av disse to bestemmelsene. En sentral problemstilling er i hvilken utstrekning plikten er av en slik karakter at den danner grunnlag for at noen har rettskrav på veiledning fra tilsynet.

Forvaltningsorganers veiledningsplikt reiser mange spørsmål som ikke er særlig grundig behandlet i teorien. Jeg vil derfor gå ganske generelt til verks i fremstillingen av Konkurransetilsynets veiledningsplikt. Først vil jeg gi en oversikt over forskjellige typer av bestemmelser om veiledningsplikt som vi finner i lovgivningen. Deretter vil jeg ta for meg den generelle veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11. Siden Konkurransetilsynet jo er et tilsynsorgan, er det av interesse å se på de særlige veiledningsplikter som vi har eksempler på fra tilsynsforvaltningen. Så vil jeg ta for meg konkurranselovens særlige veiledningsplikt. Et viktig spørsmål i denne forbindelse er om den må anses som en presisering av den

<sup>1</sup> Artikkelen bygger på en betenkning skrevet på oppdrag fra Konkurransetilsynet.

alminnelige veiledningsplikten eller om den går lengre i å gi private krav på veiledning enn det som følger av de alminnelige regler. Min oppfatning er at den ikke gjør det, men at den må ses som en bestemmelse om at Konkurransetilsynet, ved siden av å oppfylle sin alminnelige veiledningsplikt etter forvaltningsloven, må bruke veiledning som del av sine virkemidler i arbeidet med å fremme konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

## 2 Oversikt over regler om forvaltningsorganers veiledningsplikt

Forvaltningens alminnelige veiledningsplikt er slått fast i forvaltningsloven § 11. Her heter det at forvaltningsorganene innenfor sitt saksområde har en alminnelig veiledningsplikt. Uavhengig av forvaltningsloven må en veiledningsplikt for forvaltningen også kunne oppstilles på ulovfestet grunnlag. Forvaltningskomiteen la til grunn at det allerede før loven ble innført besto en helt alminnelig veiledningsplikt for forvaltningsorganene, og uttalte bl.a. at «oppfatningen [synes] mer og mer å gå i den retning av at forvaltningsmyndigheten også i den individuelle sak bør gjøre det den kan for å veilede og bistå en søker eller part for at han kan oppnå sin fulle rett».<sup>2</sup> Veiledningsplikten ble utdypet og presisert i forskrifter i 1977 og i loven selv ved endringen i 1995. I høringsnotatet som lå til grunn for endringen i 1995 uttalte departementet at «reglene inneholder klare og viktige rettigheter for private i deres kontakt med forvaltningen» og «samtidig som reglene gir private klare rettigheter i forhold til forvaltningen, pålegger de forvaltningen og dens tjenestemenn klare plikter. En lovfesting vil kunne bidra til at tjenestemennene blir bedre kjent med disse reglene, samtidig som reglene vil kunne bli oppfattet som mer forpliktende i og med at de går direkte fram av loven».<sup>3</sup>

Det finnes også andre lovbestemmelser om veiledningsplikt for forvaltningen, både i forvaltningsloven selv som for eksempel §§ 16.2 og 27.3 og i andre lover.

Eksempel på slike bestemmelser har vi i *utlendingsloven* § 34 om politiets veiledningsplikt i bortvisningssaker om at utlendingen har rett til fullmektig og rettshjelp samt rett til å sette seg i kontakt med sitt lands representasjon, en representant for FNs høykommissær for flyktninger og en norsk flyktningeorganisasjon, *miljøinformasjonsloven* § 10(3) (tilsvarende *produktkontrollloven* § 9) om veiledning i utforming om krav om miljøinformasjon før det avvises som for generelt formulert utilstrekkelig identifiserbart, *arbeidsmiljøloven* § 1 om at loven skal gi grunnlag for at virksomhetene selv kan løse sine arbeidsmiljøproblemer i samarbeid med arbeidslivets organisasjoner og med kontroll og veiledning fra offentlig myndighet,

<sup>2</sup> Innstilling fra Forvaltningskomiteen s. 151.

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 75 (1993–1994) s. 19.

*forurensningsloven* § 48 om at forurensningsmyndigheten (...) gjennom råd, veiledning og opplysning (skal) arbeide for å motvirke forurensninger og avfallsproblemer og se til at reglene i loven og vedtak i medhold av loven blir fulgt, *viltloven* § 6 om at viltorganene skal arbeide for å fremme formålet med loven og gi myndigheter og organisasjoner, bedrifter og personer bistand, råd og veiledning i saker om viltforvaltning, *saltvannsfiske-loven* § 34 om at tilsynsmennene skal representere fiskernes interesse i å opprettholde ro og orden på fiskefeltet og skal ved veiledning og advarsel søke å hindre overtredelse, *sosialtjenesteloven* §§ 4–1 om at sosialtjenesten skal gi opplysning, råd og veiledning som kan bidra til å løse eller forebygge sosiale problemer og 4–4a om veiledning som ledd i forebygging og minste inngreps prinsipp i tvangssaker overfor psykisk utviklingshemmede og *konkurranseloven* § 9 om at konkurransetilsynet plikter å veilede foretak vedrørende forståelse, rekkevidde og anvendelse av loven i enkeltsaker.

En gjennomgang av spesielle regler om veiledningsplikt viser at de faller i tre hovedgrupper. Noen må oppfattes som en konkretisering og presisering av den alminnelige veiledningsplikt som følger av forvaltningsloven § 11, slik bl.a. utlendingsloven § 34 og miljøinformasjonsloven § 10(3). I andre tilfelle må de imidlertid oppfattes som å gå lengre i å pålegge forvaltningen en veiledningsplikt enn det som kan sies å følge av alminnelige regler. Blant slike har vi for de første de som pålegger forvaltningen å veilede som ledd i sitt alminnelige arbeid med å realisere sine oppgaver, se til illustrasjon arbeidsmiljøloven § 1 og forurensningsloven § 48. For det tredje har vi bestemmelser som pålegger veiledning som ledd i konkretisering av et krav til forholdsmessighet som sosialtjenesteloven § 4–4a.<sup>4</sup>

Formålene bak de tre typer veiledningsbestemmelser er noe forskjellige. Formålet bak den generelle veiledningsplikten, og bestemmelser som presiserer og konkretiserer denne er å gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte, se forvaltningsloven § 11 første ledd annet punktum. Der hvor forvaltningen pålegges en mer omfattende veiledning som ledd i det å fremme lovens formål, går formålet ut over hensynet til den enkelte part og interesserte. Fokus i slike tilfeller blir i stedet de formål som mer generelt ligger til grunn for den aktuelle loven og som organet med forskjellige midler skal søke å fremme. Slike veiledningsoppgaver er særlig aktuelt i tilsynsforvaltningen. I omsorgsforvaltningen er veiledning et virkemiddel til forebygging av sosiale problemer og som alternativ til tvangstiltak. Om sosialtjenesteloven § 4–1 heter det i proposisjonen at plikten går lenger (enn veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11) fordi siktemålet er å «bidra til å løse eller forebygge sosiale problemer.»<sup>5</sup> Forskjellene i formål bak de tre

4 Se nærmere Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003 s. 40–49 om det mildeste inngreps prinsipp i barnevernsaker.

5 Ot.prp. nr. 29 (1990–1991) s. 158.

typer veiledningsregler har betydning for fastleggelsen av hva som er omfattet av forvaltningens veiledningsplikt, hvor langt den rekker, de rettskrav utenforstående har på veiledning og hvilke konsekvenser det har at den ikke er oppfylt.

### 3 Nærmere om forvaltningens alminnelige veiledningsplikt

Hensynet bak den generelle veiledningsplikten er som nevnt å sørge for at partene og andre interessenter gis adgang til å ivareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte.<sup>6</sup> Den er et ledd i bestrebelsene på en publikumsvennlig og serviceminded forvaltning, og den gjelder ikke bare for enkeltvedtak, men helt generelt, dvs. for tjenesteyting, forretningsdrift osv. Veiledningsplikten er også viktig i en velferdspolitisk sammenheng. Rettshjelpsundersøkelser viser at det er et stort udekket rettshjelpsbehov knyttet til offentligrettslige regler som skal besørge en omfordeling av materielle ressurser i samfunnet, for å utjevne de individuelle ulikhetene som ville blitt resultatet om markedsmekanismen fikk virke fritt. Men bl.a. på grunn av dette udekkede rettshjelpsbehovet er velferdsløvgivningen minst effektiv overfor de grupper som har størst behov for den.<sup>7</sup>

Plikten etter forvaltningsloven § 11 gjelder «veiledning». Dette er mer konkret enn en plikt til å gi «opplysning», men ikke så vidtgående som en plikt til å gi «hjelp» eller «bistand».<sup>8</sup> Kjernen i veiledningsplikten er å gi den veiledning som er nødvendig for at en part skal unngå «feil og forsømmelser» og videre råd og anvisninger eller hjelp til å fylle ut enklere søknader.<sup>9</sup>

Veiledningsplikten må avgrenses mot generell informasjonsvirksomhet. Veiledningsplikten er ikke en plikt til å gi generell rettsinformasjon. Forvaltningslovens veiledningsplikt inntreder bare i forbindelse med behandlingen av en konkret sak, se § 11 annet ledd, eller der en person spør om rettigheter og plikter i forhold til et aktuelt tilfelle som har betydning for ham, jf § 11 tredje ledd.

Loven pålegger forvaltningen på eget tiltak å vurdere partens behov for veiledning i forbindelse med behandlingen av en enkelt sak. Plikten er ikke bare knyttet til behandling av sak om enkeltvedtak, men også i forbindelse med behandling av saker som ikke er enkeltvedtak etter loven, for eksempel fordi det ikke er snakk om myndighetsutøvelse. I søknadssituasjoner kan forvaltningen ofte ut fra partens henvendelse se om parten har et veiledningsbehov. Plikten gjelder også i saker som forvaltningen behandler ut

6 Den generelle veiledningsplikten er utførlig behandlet av Erling Sandene i *Festskrift til Torstein Eckhoff*, Oslo 1986 s. 553–562.

7 Se Jon T. Johnsen, *Retten til juridisk bistand*, Oslo 1987 s. 378–381.

8 Se Sandene s. 555.

9 Forvaltningskomiteens innstilling s. 442.

fra eget initiativ og hvor parten ennå ikke har vært i kontakt med forvaltningen. Det kan for eksempel tenkes i en tilsynssak at forvaltningen gjennom observasjon av en parts atferd ser at denne har et veiledningsbehov. Ifølge motivene hjemler bestemmelsen imidlertid «ikke plikt til å iverksette noen omfattende undersøkelse for å finne frem til en parts veiledningsbehov», se Ot.prp. nr. 75 s. 59.

Hvor det ikke er noen konkret sak under behandling, har forvaltningen derimot ingen plikt til på eget initiativ å veilede adressater for reglene, se til illustrasjon Rt. 1997 s. 1784. I denne saken mistet en utlending rett til opphold i Norge etter en endring i utlendingslovgivningen som innebar at retten ble tapt etter opphold i utlandet i mer enn to år. Anførselen om at det var brudd på veiledningsplikten at myndighetene ikke hadde veiledet individuelt om den nye regelen førte ikke frem.

Veiledningsplikten må også avgrenses mot forhåndstilsagn og forhåndsuttalelser. Forhåndstilsagn er bindende vedtak, mens forhåndsutsagn er ikke-forpliktende uttalelser om hva et fremtidig vedtak vil kunne gå ut på. Noen alminnelig plikt til å gi forhåndstilsagn har forvaltningen selvsagt ikke. Situasjonen er tvert imot den at kompetanse til å gi forhåndstilsagn krever særlige holdpunkter. Forvaltningen må i utgangspunktet stå fritt til å gi forhåndsuttalelser. Noen plikt til å gi forhåndsuttalelser er likevel ikke antatt å ligge i den generelle veiledningsplikten. Sivilombudsmannen har gjennom sin praksis uttalt at forhåndsuttalelse bare bør gis unntaksvis og parten må gjøres klart kjent med at uttalelsen ikke er bindende.<sup>10</sup>

Omfanget av veiledningen må tilpasses det enkelte forvaltningsorgans situasjon og kapasitet til å påta seg slike oppgaver. Dette betyr ikke at organet har frihet til selv å bestemme omfanget av den veiledning som skal gis, og organet kan ikke under henvisning til denne bestemmelsen generelt avstå fra å yte veiledning, se Ot.prp. nr. 75 s. 59.

Veiledningens omfang må tilpasses den enkeltes behov. Dette fremgår bl.a. av plikten i § 11 fjerde ledd til å gjøre oppmerksom på feil eller misforståelser. Det er flere eksempler fra ombudsmannens praksis hvor folk har søkt om ytelse, men ikke gitt opplysninger på den riktige måten. Kanskje søknaden er ufullstendig eller det er andre ting som tyder på at søkeren har misforstått. Formelt sett er da kravene til å få ytelsen kanskje ikke oppfylt, fordi det f.eks. kan kreves at det skal søkes på særlige skjema. Når slike tilfeller har kommet inn for ombudsmannen, har han kritisert forvaltningen ut fra reglene om veiledningsplikt og krevd at forvaltningen må gjøre oppmerksom på feil eller misforståelser, slik at den enkelte får adgang til å rette opp disse. Reglene om vei-

<sup>10</sup> Sandene s. 558. Se også Geir Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 3. utg. Oslo 1999 s. 173

ledningsplikt tilsier, sammen med god forvaltningsskikk, at en sak i slike tilfelle ikke avslås, men at det blir gitt veiledning. Dersom en part innretter seg på grunnlag av misvisende veiledning, for eksempel ved å unnlate å søke om en ytelse han har krav på, kan det offentlige bli erstatningsansvarlig, se til illustrasjon saksforholdet i Rt. 2002 s. 1331.

Hvis den private bistås av profesjonelle, må det kunne trekkes inn i vurderingen av vedkommendes veiledningsbehov. I saken i Rt. 1998 s. 430 *ScanHall* hevdet en patentsøker at patentstyret burde gitt bedre veiledning før søknaden om patent ble avslått. Høyesterett var ikke enig i det. Veiledningsplikten måtte ses i forhold til at patentsøkere bistås av profesjonelle og at de selv har risiko for utformingen og begrensningen av sine patentkrav.

I saker om enkeltvedtak skjerpes veiledningsplikten gjennom en rekke av lovens mer utfyllende bestemmelser om bl.a. forhåndsvarsel i § 16 og underretning om vedtak i § 27.

Det er viktig at veiledningen gis på en nøytral måte. Man kan lett tenke seg – særlig der den enkelte har et stort behov for individuell veiledning – at det blir vanskelig å trekke grensen mellom objektiv veiledning, og det som nærmest blir advokathjelp til den enkelte. Dette vil kunne være spesielt uheldig der det er flere motstridende interesser. Dels fordi det er urettferdig – det er et brudd på likhetsprinsippet om den ene gis utstrakt veiledning og den andre overlates til seg selv – dels kan det reises tvil om vedkommende tjenestemanns upartiskhet når han senere skal avgjøre saken. Så her må vi se veiledningsbestemmelsene i sammenheng med habilitetsbestemmelsene. Hvis forvaltningen engasjerer seg for sterkt i saken på vegne av en av flere parter, kan dette være et særegent forhold som kan svekke tilliten til dens upartiskhet. I saken i Rt. 1998 s. 430 *ScanHall* la Høyesterett vekt på «at det dreide seg om klagebehandling med parter med motstående interesser (...) jf hensynet til forvaltningsorganets objektivitet». (s. 438)

#### 4 Særlig om veiledningsplikt i tilsynssaker

I tilsynsmeldingen defineres tilsyn som «all aktivitet eller virkemiddelbruk som iverksettes for å følge opp et lovverks intensjoner». <sup>11</sup> Veiledning er i dette perspektivet en komponent i det register av virkemidler tilsynet råder over. Veiledning kan for det første være et tiltak som settes inn etter at et avvik i forhold til lov eller forskrifter er konstatert. I tillegg til veiledning som ledd i kontroll og reaksjoner på avvik innebærer også tilsynsrollen å gi tilsynsobjektene generell informasjon om reguleringens formål, om regelverkets krav og lignende temaer av betydning for dem

<sup>11</sup> St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn pkt. 3.1.

regelverket retter seg mot. Slik veiledning kan dels begrunnes i forvaltningslovens alminnelige veiledningsplikt og tilsynsobjektene behov for veiledning for å unngå å komme i konflikt med regelverket. Generell veiledning vil imidlertid også være et ledd i tilsynets virkemidler som et pedagogisk styringsmiddel for å påvirke holdninger og skape forståelse for de hensyn som ligger bak reglene. Bruk av generell veiledning som styringsmiddel henger sammen bl.a. med regulering gjennom funksjonskrav og bruk av internkontroll som ledd i det offentlige tilsynet.<sup>12</sup> Generelt er det imidlertid en grunnforutsetning for enhver styringslov at hvis den skal kunne fremme de mål som samfunnet har med loven, må reglene kommuniseres ut til lovens adressater.<sup>13</sup>

Vi ser da også i tråd med dette at en rekke av de uttrykkelige veiledningsplikter som finnes i tilsynslovgivningen bygger på at veiledningen har et videre formål enn hensynet til sakens parter. Dette gjelder bl.a. reglene i forurensningsloven § 48 og viltloven § 6. I forhold til slike bestemmelser vil det i første rekke være andre forhold enn partenes behov som er sentrale for omfanget av forvaltningens veiledning. Myndighetene må her prioritere sine ressurser på de forskjellige virkemidler de har til disposisjon ut fra en vurdering av problemenes art og effektiviteten av virkemidlenes forhold til disse. I forarbeidene til forurensningsloven § 48 uttaler departementet:

Selv om det er ønskelig at forurensningsmyndighetene har den fulle oversikt over forurensnings- og avfallssituasjonen til enhver tid, vil det måtte skje en prioritering av overvåkings- og kontrollarbeidet. Her vil problemenes art og forurensningsmyndighetens økonomiske ressurser være viktige faktorer ved en nærmere prioritering av oppgavene.<sup>14</sup>

Også i forhold til veiledning som ledd i tilsyn, kan det reises spørsmål om veiledning kan komme i konflikt med habilitetshensyn. I tillegg kan det mer generelle spørsmål reises om det å veilede adressatene for reguleringsbestemmelser som det føres tilsyn med kan komme i konflikt med prinsippene om et uavhengig tilsyn. Slike spørsmål ble vurdert av Justisdepartementets lovavdeling i forbindelse med sammenslåingen av Fiskeridirektoratets kontrollverk med Rettledningstjenesten i fiskerinæringen.<sup>15</sup> Lovavdelingen fant ingen rettslige problemer med dette og uttalte bl.a. i den forbindelse at det ikke er noe særsyn i forvaltningen at samme organ er tillagt både forvaltnings- og kontrolloppgaver i kombinasjon med den alminnelige veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11. Som moment i den hensiktsmessighetsvur-

<sup>12</sup> Se Hans Petter Graver, Forvaltningsrettslige nydannelser i *Nordisk administrativt tidsskrift* 1985 s. 77–89 og s. 292–305.

<sup>13</sup> Se mer allment om kommunikasjon av lovgivning i Vilhelm Aubert, *Retten sosiale funksjon*, Oslo 1981 s. 128 flg.

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 11 (1979–1980) s. 159.

<sup>15</sup> Lovavdelingens uttalelse 9. september 1997 JDLOV-1997-7729.

dering som må foretas ved vurderingen av de oppgaver et tilsynsorgan skal ha, fremholdt Lovavdelingen bl.a.:

Det grunnleggende formålet med både veiledningen omkring rettsregler og kontrollvirksomheten, er å sikre at gjeldende regelverk blir overholdt. En sammenslåing av tjenestene vil gjøre det enklere å føre en ensartet praksis ved utførelsen av de forskjellige oppgavene. Det kan dermed lettere unngås at det oppstår situasjoner der veiledningstjenesten og kontrolltjenesten uttrykker forskjellig syn på ett og samme retts spørsmål overfor en privatperson. En sammenslåing kan videre gi en mer effektiv utnyttelse av personalressursene i den ytre fiskerietaten.

Et særlig spørsmål er om private adressater kan påberope seg bestemmelser som forurensningsloven § 48 og i medhold av slike fremme krav om veiledning som går ut over den generelle veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11. I omsorgsforvaltningen vil et slikt krav på utvidet veiledning med grunnlag i særlige lovbestemmelser kunne begrunnes i det generelle kravet til et velferdsmessig minstemål og i forholdsmessighetsprinsippet der forvaltningen griper til mer inngripende omsorgstiltak.<sup>16</sup> Bestemmelser som er begrunnet i mer allmenne hensyn som det å løse eller forebygge sosiale problemer vil derfor kunne danne grunnlag for individuelt utformede rettskrav på veiledning. Situasjonen i tilsynsforvaltningen er imidlertid ikke parallell til omsorgsforvaltningen. I tilsynsforvaltningen gjelder ikke noe generelt krav til minstepandarder, og hovedregelen er at forvaltningen står fritt til å prioritere sine ressurser ut fra hvordan man mest effektivt realiserer de mål som ligger bak loven. Det kan tenkes situasjoner hvor myndighetene blir erstatningsansvarlig for skade som kunne vært unngått dersom det hadde vært grepet inn mot en virksomhet eller dersom det hadde vært gitt veiledning. Det skal imidlertid mye til. Forvaltningen må ha et relativt fritt spillerom for sine prioriteringer, og selv ved ganske klare forsømmelser må myndighetenes forhold bedømmes etter den mildere aktsomhetsnormen som gjelder for offentlig kontroll- og servicevirksomhet.<sup>17</sup> Etter mitt skjønn har adressatene derfor neppe krav på veiledning fra tilsynsorganer i større utstrekning enn det som følger av den alminnelige regelen i forvaltningsloven § 11 selv om tilsynet er pålagt veiledning i den loven som fastlegger tilsynsoppgavene. Dette er imidlertid selvsagt ikke mer enn et alminnelig utgangspunkt. Det kan ikke utelukkes at den enkelte lov går lengre i lovfesting av rettskrav på veiledning.

16 Se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* s. 145–154 om kravet til velferdsmessig minstemål.

17 Se nærmere *Alminnelig forvaltningsrett* s. 521–526.



## 5 Den særlige veiledningsplikten i konkurranseloven

Konkurranseloven § 9 annet ledd inneholder en særlig veiledningsplikt for Konkurransetilsynet. Et springende punkt ved tolkningen av denne bestemmelsen er om den i likhet med veiledningsbestemmelser i annen tilsynslovgivning i første rekke må ses som en presisering av virkemidler i tilsynet eller om den må oppfattes som en konkretisering og presisering av den alminnelige veiledningsplikt i forvaltningsloven. Hvis den må oppfattes som en konkretisering av den alminnelige veiledningsplikten, blir neste spørsmål å ta stilling til om den går lengre enn den alminnelige regel i å gi partene rettskrav på veiledning.

### 5.1 Bakgrunn for bestemmelsen

Veiledningsplikten i § 9 kom inn gjennom Stortingets behandling av loven. Konkurranselovutvalget drøftet behovet for en egen veiledningsbestemmelse ved innføring av generelle forbudsbestemmelser mot konkurransebegrensende atferd. Utvalget uttalte om dette:

Som nevnt ovenfor legger utvalget til grunn at unntaket i § 3-1 tredje ledd skal være et lovbasert unntak. Dette innebærer at gjeldende dispensasjonssystem faller bort.

Utvalget ser at foretakene kan ha behov for en avklaring fra myndighetene med hensyn til om en bestemt atferd er i strid med reglene eller ikke. Sett fra foretakenes side ville det derfor være en fordel om de kunne be tilsynet om en formell avgjørelse om forbudene i forslaget §§ 3-1 og 3-2 er overtrådt eller ikke. (...)

Etter en samlet vurdering vil utvalget ikke foreslå regler som pålegger Konkurransetilsynet en plikt til å treffe vedtak om at en atferd ikke er i strid med forbudene i forslaget §§ 3-1 og 3-2. Myndighetene vil imidlertid være underlagt den alminnelige veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11.»<sup>18</sup>

Utvalget foreslo derfor ingen særlig lovfesting av veiledningsplikten i konkurranseloven. Heller ikke departementet gjorde det i proposisjonen. Veiledningsplikten er ikke gitt en direkte begrunnelse av stortingskomiteen. Flertallet omtaler den i forbindelse med behandlingen av kontroll og bevis og sier i den forbindelse at:

Konkurransetilsynets veiledningsuttalelser i en konkret sak er ikke juridisk bindende, men av veiledende karakter. Flertallet ser det imidlertid slik at i den utstrekning et foretak har innrettet seg i tillit til en veiledningsuttalelse i en konkret sak, og de faktiske forhold ikke er endret, skal det tas hensyn til dette ved utmåling av overtredelsesgebyr etter § 29 og straff etter § 30.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> NOU 2003: 12 s. 66.

<sup>19</sup> Innst. O. nr. 50 2003–2004 s. 43.

Mindretallet tok avstand fra en egen bestemmelse om veiledningsplikt og uttalte:

Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet viser til at det er foreslått blant annet fra NHO at tilsynet skal drive veiledningsplikt med den hensikt å gi forhåndsavklaringer. Disse medlemmer støtter ikke dette. Kontrolløren skal ikke bidra til å legge premisser for hvordan den som skal kontrolleres skal organisere sin virksomhet. Disse medlemmer mener likevel at det skal være slik at tilsynet skal drive informasjon og rådgivning av generell karakter, men ikke gi juridisk bindende forhåndsuttalelser.<sup>20</sup>

Henvisningen til at veiledningsplikten har bakgrunn i forslag fra bl.a. NHO tyder på at den må ses i forhold til foretakenes veiledningsbehov som følge av bortfallet av ordningen med notifikasjonsplikt og individuelle fritak fra forbudet i EF-traktaten artikkel 81. Siden denne ordningen heller ikke ble foreslått i den norske loven, får lovens adressater ikke nyte godt av en ordning med immunitet for atferd som er meldt til tilsynet som man hadde i EU inntil foretaket hadde fått melding om at atferden rammes av forbudet. Risikoen for at en atferd rammes av loven, og byrden med å avklare de rettslige og faktiske spørsmål i tilknytning til dette, ligger således i utgangspunktet fullt ut på lovens adressater. På denne bakgrunn var det flere som under høringsomgangen pekte på at loven kunne medføre dårlig rettssikkerhet og forutberegnlighet med mindre endringene ble supplert med økt opplysnings- og veiledningsplikt for Konkurransetilsynet.<sup>21</sup>

## 5.2 Veiledning under EUs konkurranseprosess

Rådsforordning 1/2003 fastsetter et nytt system for gjennomføringen av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Endringen innebærer at anvendelsen av EF-traktaten artikkel 81(3) er et rent rettsanvendelsesskjønn som ikke er forbeholdt Kommisjonen slik at notifikasjonssystemet med fritak etter en individuell forvaltningsmessig vurdering faller bort. I fellesskapsrettslig terminologi betegnes dette som at artikkel 81(3) er gjort *direkte anvendelig*.

Det nye systemet innebærer vesentlige endringer i anvendelsen av artikkel 81 på saker som ikke er dekket av et gruppefritak. Det nye systemet forutsetter en større grad av egenansvar for foretakene ettersom de ikke lenger kan søke om individuelt fritak. I bakgrunnsdokumenter til rådsforordning 1/2003 viser Kommisjonen til at eksisterende lovgivning, forordninger, kunngjøringer, retningslinjer, kommisjonspraksis og domstolspraksis de siste 40 år, har satt foretakene i stand til selv å vurdere lovmessigheten av deres atferd. Som eksempel vises det til at gjennomføringen av en konkurransebegrensende avtale sjelden utsettes i påvente av et

<sup>20</sup> Innst. O. nr. 50 2003–2004 s. 36–37.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 6 2003–2004 s. 65.

individuelt fritak fra Kommisjonen. Kommisjonen viser videre til at det ligger i forbudslovgivningens natur at i grensetilfeller må foretakene selv foreta en vurdering av alternative løsninger med ulik balanse hvis de ønsker å ekskludere all risiko.

Selv om utgangspunktet i EU er at foretakene selv må vurdere om de faller inn under forbudene eller ikke, åpner Rådsforordning 1/2003 artikkel 10 for at Kommisjonen på eget initiativ, dersom «allmenne fellesskapsinteresser» krever dette, kan beslutte at artikkel 81 ikke kommer til anvendelse, enten fordi betingelsen i traktatens artikkel 81(1) ikke er oppfylt, eller fordi betingelsene i traktatens artikkel 81(3) er oppfylt. Kommisjonen kan vedta tilsvarende ordning med hensyn til artikkel 82. I følge fortalen til forordningen vil Kommisjonen kunne gjøre dette for å klargjøre rettsstilstanden og for å sikre at rettsreglene anvendes på en ensartet måte.

I fortalen til Rådsforordning 1/2003 premiss 38 heter det at rettslig forutsigbarhet for foretak bidrar til å fremme innovasjon og investeringer. I tilfeller som reiser betydelig usikkerhet fordi de reiser nye eller uløste spørsmål, kan det enkelte foretak ha behov for å søke uformell veiledning hos Kommisjonen.

Kommisjonen har gitt en egen kunngjøring om uformell veiledning i relasjon til nye spørsmål vedrørende artikkel 81 og 82 som oppstår i individuelle saker.<sup>22</sup> En av de viktigste målsetningene ved rådsforordning 1/2003 var å avskaffe notifikasjonssystemet. Det var en viktig premiss ved utformingen av denne kunngjøringen at veiledningen fra Kommisjonen ikke måtte uthule dette.

Det følger av kunngjøringen at veiledning kan gis dersom Kommisjonen finner dette hensiktsmessig og i overensstemmelse med dens prioriteringer på håndhevelsesområdet. I kunngjøringen er det uttrykkelig fastslått at veiledning må ses i forhold til det viktigste formålet med forordning 1/2003 som er å sikre en effektiv håndhevelse av konkurransereglene. Kommisjonen kan derfor bare gi enkelte virksomheter veiledning når det er forenlig med dette målet.

Anmodningen om veiledning må innholde en begrunnelse for hvorfor dette innebærer et nytt og uavklart spørsmål og spørsmålene det søkes veiledning om må identifiseres. Kommisjonen har ingen plikt til å etterkomme en anmodning om veiledning.

Veiledning gis i form av en veiledningsuttalelse. Kommisjonens uttalelse skal innholde en kortfattet beskrivelse av de faktiske forhold og begrenses til spørsmål som reises i anmodningen. Veiledning skal også offentliggjøres.

Formålet med en veiledningsuttalelse er å hjelpe foretakene til å foreta en velfundert vurdering. En veiledningsuttalelse berører

<sup>22</sup> Kommissionens meddelelse om uformel vejledning i relation til nye spørsmål vedrørende EF-traktatens artikkel 81 og 82, som oppstår i individuelle saker (veiledningskrivelser) (EFT 2004/C 101/06).

ikke domstolenes avgjørelse i samme spørsmål. Kommisjonen er heller ikke utelukket å etterforske en sak selv om det er gitt veiledning etter klage, men en tidligere veiledningsbeskrivelse vil bli tatt hensyn til. Slike uttalelser er heller ikke å anse som Kommisjonsbeslutninger og ikke bindende for medlemsland eller nasjonale domstoler.

Kunngjøringen setter opp tre betingelser som alle må være oppfylt for at Kommisjonen skal kunne gi en veiledningsuttalelse. Den første betingelsen er at det reises spørsmål som ikke er avklart i gjeldende rett, herunder offisielt tilgjengelig veiledning, presedenser eller tidligere veiledning.

Den andre betingelsen er at det må være nyttig å avklare de aktuelle spørsmål som reises. Ved denne vurderingen skal det særlig ses hen til den økonomiske betydning sett fra et forbrukersynspunkt av de varer eller tjenester som berøres, om forholdet som fremlegges må anses å være mer allment utbredt i markedet og omfanget av investeringer i relasjon til pågjeldende virksomhet og i hvor høy grad transaksjonen relaterer seg til strukturelle endringer i markedet.

Den tredje betingelsen er at det ikke er nødvendig for Kommisjonen å fremskaffe ytterligere opplysninger om saksforholdet. Dette er likevel ikke til hinder for at Kommisjonen ber om ytterligere opplysninger dersom den finner grunn til det.

Veiledning gis ikke der det verserer saker vedrørende samme type problemstillinger og heller ikke om hypotetiske spørsmål. En anmodning om veiledning berører ikke Kommisjonens adgang til å innlede prosedyre i henhold til Rådsforordning 1/2003.

### 5.3 Omfanget av konkurranselovens veiledningsplikt

Konkurranseloven § 9 annet ledd lyder:

Konkurransetilsynet plikter å veilede foretak vedrørende forståelse av denne lov, lovens rekkevidde og dens anvendelse i enkeltsaker.

Bestemmelsen står i lovens kapittel 2 om konkurransemyndighetenes organisasjon og oppgaver. Slik sett viser den slektskap med veiledningsbestemmelser i andre tilsynslover som fastlegger veiledning som en av de virkemidler tilsynet skal ta i bruk for å fremme lovens formål.

Loven er formulert som en plikt for tilsynet. På denne måten avviker den i ordlyden fra for eksempel forurensningsloven § 48 som sier at tilsynet gjennom bl.a. veiledning skal arbeide for å fremme lovens formål. Ordlyden sier på den annen side intet om at denneplikten korresponderer med en rett for private til å kreve individuell veiledning. I motsetning til forvaltningslovens veiledningsplikt sier den intet om formålet er hensynet til parten eller hensynet til et effektivt tilsyn, og den kvalifiserer ikke parters

behov, forespørsel eller forhold for øvrig som momenter som utløser en konkret veiledningsplikt.

Ordlyden sier at det skal veiledes om forståelse, rekkevidde og anvendelse av loven. Den gir imidlertid ingen konkretisering av hvilke momenter eller opplysninger veiledningen skal omfatte som for eksempel utlendingsloven § 34. Heller ikke gjør den veiledning til en betingelse for å kunne treffe visse typer av beslutninger som miljøinformasjonsloven § 10.

Forarbeidene gir ikke særlig omfattende materiale til tolkning av bestemmelsen. Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor er den ikke omtalt eller begrunnet på en helhetlig måte i forarbeidene. Det eneste som er helt klart ut fra forarbeidene er at veiledning tilsynet måtte gi i enkeltsaker ikke er «juridisk bindende». Den bredere forhistorie til bestemmelsen som forarbeidene gir anvisning på, gir også grunnlag for å slutte at bakgrunnen for veiledningsplikten er den økte usikkerhet det ville medføre for foretakene at loven gikk over til et system med generelle forbud mot konkurranseskadelig atferd.

Det ligger i sakens natur at når lovgivningen på et område legges om fra et system hvor tilsynet kan nedlegge individuelle forbud, til et system med generelle forbud i loven, vil dette medføre at lovens adressater på en helt annen måte må sette seg inn i sin rettslige situasjon og ta ansvaret for at de holder seg på den rette siden av loven. Det er på den annen side ikke noe formål med en slik omlegging å legge ut rettslige feller for lovens adressater. Bakgrunnen for omleggingen er at lovgiver på denne måte søker å oppfylle sine formål mer effektivt, ved å kreve en viss atferd på generelt grunnlag og ved å muliggjøre en forvaltningsmessig prioritering av tilsynsressurser. Hvis lovens adressater på grunn av usikkerhet om lovens forbud ikke opptre i samsvar med dem, blir lovens formål om effektiv ressursbruk ikke realisert. Veiledning fra tilsynets side vil i en slik situasjon kunne ses som en effektiv måte å bedre realisering av lovens formål på. Et effektivt tilsyn faller så langt sammen med adressatenes behov for å redusert usikkerheten omkring sin rettslige situasjon.

Vi ser ut fra dette at det er vanskelig å trekke noen klar konklusjon på om bestemmelsen må ses som en lovfesting av veiledning som et virkemiddel i tilsynet eller som en rettighet for lovens adressater. Det alminnelige utgangspunktet er som nevnt at et offentlig tilsyn må stå forholdsvis fritt til å prioritere sine ressurser ut fra hvordan man får mest mulig igjen i forhold til realisering av lovens formål. På denne bakgrunn tror jeg neppe det er holdepunkter for å si at bestemmelsen gir rettskrav på veiledning utover det som følger av den alminnelige forvaltningsrettslige veiledningsplikt sett i sammenheng med konkurranselovens formål.

Tar man et slikt utgangspunkt, og ser bestemmelsen i lys av det særlige behovet for veiledning knyttet til nye og omfattende forbud, kan det være grunn til å trekke et skille ut fra en analyse av den

materielle rettstilstand som loven etablerer. De materielle forbudsreglene i §§ 10 og 11 speiler rettstilstanden etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (EF art. 81 og 82). Den norske lovens bestemmelser må tolkes ut fra de rettskilder som foreligger for fortolkningen av EØS-avtalens og fellesskapsrettens bestemmelser.<sup>23</sup> Det vil i første rekke si avgjørelser fra EF-domstolen, førsteinstansretten og EFTA-domstolen, samt retningslinjer og meddelelser fra Kommisjonen og EFTA-overvåkningsorgan. Dette innebærer at en rekke av de tolkningsspørsmål som forbudsbestemmelsene kunne gi opphav til, allerede er løst og avklart gjennom praksis. Ut fra den generelle behovsorienterte tilnærming i den alminnelige veiledningsplikten, kan det bare unntaksvis bli tale om å pålegge Konkurransetilsynet veiledningsplikt om spørsmål som på denne måten er avklart, selv i enkeltsaker og etter individuell forespørsel. I alle fall må det gjelde der de aktuelle aktører har tilgang på profesjonell hjelp, jf retningslinjene trukket opp av Høyesterett i Rt. 1998 s. 430 *ScanHall*.

Veiledningsplikten område må ut fra dette knytte seg til forhold som er rettslig tvilsomme fordi de reiser nye eller uløste spørsmål i forbindelse med anvendelsen av forbudene. På slike områder vil det ikke være klart ut fra rettskildene hvilken atferd som kreves av foretakene. Dette vil også være områder hvor det kan være en fordel for tilsynet å kunne være med å påvirke de løsninger som velges av foretakene i praksis.

Der rettssituasjonen er uklar, kan det også hevdes at rettsikkerhetshensyn taler med særlig tyngde for at foretakene bør få veiledning siden overtredelse av forbudene kan resultere i harde sanksjoner. I denne forbindelse kan det likevel være verdt å peke på at i henhold til Kommisjonens praksis etter EUs regler blir det bare ilagt helt symbolske sanksjoner for overtredelser hvis det ikke på forhånd er fastslått gjennom generelle rettsforskrifter, rettspraksis eller beslutningspraksis at en vis atferd utgjør en overtredelse. Det er grunn til å anta at det samme vil være tilfellet etter den norske loven. Det er i forarbeidene fastslått at i saker hvor det er tvil om bestemmelsenes rekkevidde eller anvendelse, bør det være aktuelt å bruke pålegg om opphør etter § 12 i stedet for å sanksjonere overtredelsen direkte.<sup>24</sup> Når det gjelder utmåling av sanksjoner, er det dessuten direkte henvist til at kommisjonens praksis bør være veiledende for Konkurransetilsynet.<sup>25</sup>

Individuelle rettsikkerhetshensyn utgjør på denne bakgrunn ingen veldig tungtveiende begrunnelse for at foretakene skal ha et krav på veiledning fra tilsynet. Hvis rettsspørsmålene er tvilsomme, risikerer foretakene lite av offentligrettslige sanksjoner

23 Se nærmere Hans Petter Graver, Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, *Lov og Rett* 2004 (under utgivelse).

24 Ot.prp. nr. 6 2003–2004 s. 69–70.

25 Ot.prp. nr. 6 2003–2004 s. 118.

annet enn en konstatering i etterhånd om at deres atferd har vært ulovlig. Hvor det er snakk om spørsmål som er klarlagt gjennom praksis fra EU, EFTA eller norske myndigheter, er det liten grunn til at kravet på veiledning skal gå lengre i forhold til konkurranse-loven enn i forhold til enhver annen reguleringslovgivning.

Dette innebærer at den veiledningsplikt tilsynet har utover forvaltningslovens alminnelige veiledningsplikt først og fremst må begrunnes i at veiledningen er et virkemiddel for tilsynet til best mulig å bidra til en realisering av lovens målsetting. Dette tilsier at tilsynet bør stå fritt til å prioritere sine ressurser ubundet av krav og henvendelser fra lovens adressater. Prioriteringene bør kunne skje ut fra en noe videre betraktning enn bare hensynet til adressatene, og særlig trekke inn behovet for avklaring av det aktuelle spørsmålet, hvor viktig spørsmålet er utover den enkelte saken og hvordan hensynet til forbrukerne berøres.

#### 5.4 Særlig om forhåndsuttalelser og subsumsjonsspørsmål

Et særlig spørsmål er i hvilken grad tilsynet må eller bør gå inn i subsumsjonen i konkrete tilfeller. Det kan tenkes at subsumsjonen er vanskelig ikke bare der de generelle rettsspørsmål er uavklarte, men også i forhold til rettsspørsmål som i og for seg på generell basis er klare. Fra foretakenes synspunkt vil det kanskje nettopp være subsumsjonen under nokså klare regler som det vil være størst interesse knyttet til å få veiledning om, da de her reelt sett kan risikere å bli sanksjonert for sin overtredelse.

Sett fra et alminnelig forvaltningsrettslig synspunkt står vi her overfor et spørsmål om i hvilken grad en part har krav på, og forvaltningen bør gi en forhåndsuttalelse om hvordan den vil se på et spørsmål som er eller kan komme til behandling. Det er på det rene at det ikke er snakk om tilsynets plikt eller adgang til å treffe forhåndsvedtak i form av forpliktende tilsagn om ikke å forby eller sanksjonere en atferd som blir forelagt. Slike forhåndsvedtak ville nærme seg et dispensasjonssystem som lovgiveren uttrykkelig ikke har innført med konkurranse-loven.<sup>26</sup> Det som er problemstillingen, er hvor langt tilsynet skal og kan gå med hensyn til å gi ikke-bindende uttalelser. Selv om slike uttalelser ikke er bindende, vil de likevel kunne ha den betydning at i den utstrekning et foretak har innrettet seg i tillit til en uttalelse i en konkret sak, og de faktiske forhold ikke er endret, må det tas hensyn til dette ved utmåling av overtredelsesgebyr eller straff.<sup>27</sup> En plikt for tilsynet til å gi veiledning og uttalelser om subsumsjonen vil derfor så langt den rekker fungere som en mulighet for foretakene til å skaffe seg immunitet mot sanksjoner ved å forelegge en problemstilling for tilsynet med krav om veiledning.

<sup>26</sup> Se Ot.prp. nr. 6 2003–2004 s. 69.

<sup>27</sup> Innst. O. nr. 50 2003–2004 s. 43.

Det alminnelige forvaltningsrettslige utgangspunktet er at forvaltningen bør være tilbakeholden med å gi ikke-bindende forhåndsuttalelser på grunnlag av en henvendelse fra en part.<sup>28</sup> Slike uttalelser gis som regel uten at de vanlige saksbehandlingsreglene er fulgt, men kan likevel danne grunnlag for forventninger. Siden uttalelsen gis uten at saken er opplyst på vanlig måte, vil hensynet til andre interesser enn til den som ber om uttalelsen lett ikke bli godt nok belyst. De problemer som forhåndsuttalelser kan skape, illustreres godt ved å se på erfaringer fra områder hvor dette har vært en utbredt praksis.

I byggesaker har byggeherrene ofte bedt om, og gjerne fått forhåndsuttalelse om muligheten til å få byggetillatelse før utarbeidelse av et endelig byggeprosjekt. Denne praksisen har vært utsatt for kritikk bl.a. for at uttalelsene ofte gis uten at vanlige prosedyrer om innhenting av naboers syn følges og at det skapes en rettslig uklarhet. I en sak hvor ombudsmannen på generell basis tok opp problemer knyttet til bruk av forhåndsuttalelser i slike saker, uttalte Miljøverndepartementet:

Etter departementets oppfatning bør det tilstrebes en klar grense mellom uforpliktende informasjon og bindende vedtak. Prinsippgodkjennelser fra de organer som senere skal treffe vedtak bør bare unntaksvis gis og da slik at søkeren gjøres klart kjent med de begrensninger en slik uttalelse har. Det må ikke være tvil om at uttalelsen ikke er bindende og at de alminnelige krav til saksbehandling ikke er fulgt.

Det vanlige bør etter departementets mening være at søknad om forhåndstilsagn behandles som dispensasjonssak og i samsvar med de regler som gjelder for slik behandling.<sup>29</sup>

På bakgrunn av denne uttalelsen fant ombudsmannen at det ikke var grunn til å gjøre mer med saken.

Et annet område hvor det har vært lang tradisjon for å gi forhåndsuttalelser er ligningsforvaltningen. Før innføring av ordningen med bindende forhåndsuttalelser i ligningsloven kapittel 3A, var det vanlig praksis at ligningsforvaltningen kunne gi ikke-bindende forhåndsuttalelser om sitt syn på den skattemessige løsning av problemstillinger som ble forelagt. Den skattepliktige kunne etter vanlig oppfatning ikke kreve slike uttalelser, og kunne heller ikke kreve at de ble lagt til grunn ved ligningen. Ordningen med ikke-bindende uttalelser ble kritisert for ikke å skape tilstrekkelig forutberegnelighet for skatteyterne. På denne bakgrunn ble ligningsloven kapittel 3A innført.

Skattedirektoratet kan etter § 3A-1 på anmodning fra en skattyter avgi bindende forhåndsuttalelse om de skattemessige virkningene av en konkret planlagt disposisjon før den igangsettes. Dette gjelder bare når det er av vesentlig betydning for skattyter å få klarlagt virkningene før igangsetting eller Skattedirektoratet

<sup>28</sup> Se Sandene s. 555.

<sup>29</sup> Sitert fra Ombudsmannens årsmelding 1983 s. 118.



finner at spørsmålet er av allmenn interesse. Ordningen omfatter bare rene rettsspørsmål. Bevisspørsmål og skjønnsmessige vurderinger faller utenfor området for bindende forhåndsuttalelser.<sup>30</sup> Skattedirektoratet avgjør etter fritt skjønn om forhåndsuttalelse skal gis, og avgjørelsen kan ikke påklages.

Jeg kjenner ikke til noe område hvor private er gitt adgang til å kreve at forvaltningen avgir en forhåndsuttalelse om en sak. Det er heller ikke vanlig at noen er gitt rett til å kreve at forvaltningen tar opp en tilsyns- eller kontrollsak til behandling. Det alminnelige utgangspunktet i tilsynsforvaltningen er at saker settes i gang etter forvaltningens frie vurdering. Med mindre vedkommende lov klart angir en rett for en berørt til å kreve at forvaltningen setter i gang en sak for eventuelt å bruke en kompetanse til å nedlegge et forbud eller gi et pålegg, har forvaltningen et skjønn med hensyn til om den skal sette i gang en sak på grunnlag av en henvendelse fra en part som påstår seg krenket. Det betyr at forvaltningen kan legge bort saken uten å treffe avvisningsvedtak eller realitetsvedtak i saken, og at beslutningen om å legge bort saken ikke kan påklages.<sup>31</sup> De unntak som er gjort i lovgivningen fra dette utgangspunktet, som for eksempel i forurensningsloven § 37 tredje ledd, markedsføringsloven § 13 siste ledd og konkurranse-loven § 12 tredje ledd gir berørte tredjeparter adgang til å kreve at tilsynet vurderer å ta opp en sak. De gjør imidlertid ikke unntak fra det alminnelige utgangspunktet at det er opp til forvaltningens skjønnsmessige vurdering om saken kan gis en slik prioritet at den tas opp til behandling.

På bakgrunn av det alminnelige utgangspunktet og sett hen til ordningen på områder hvor lovgiveren har gjort unntak fra dette, mener jeg det skal ganske uttrykkelige holdepunkter til i en lovbestemmelse for å legge til grunn at adressater er gitt adgang til å kreve at forvaltningen avgir en forhåndsuttalelse om et spørsmål. Tvert imot bør forvaltningen som nevnt være forsiktig med å gi slike uttalelser, og det er i alle fall opp til forvaltningen selv å vurdere om en slik uttalelse skal gis. Det er etter min mening ikke holdepunkter i konkurranse-loven § 9 eller forarbeidene som tilsier at disse utgangspunktene bør fravikes i forhold til Konkurransetilsynets saksbehandling.

Et særlig spørsmål er om en henvendelse om at Konkurransetilsynet tar stilling til et konkret spørsmål må få den virkning at foretaket ikke kan sanksjoneres for sin atferd med mindre tilsynet melder tilbake at den anser atferden ulovlig. Synspunktet kan være at tilsynet plikter å gi veiledning, og så lenge foretaket legger alle kort på bordet og ber om veiledning, kan ikke foretaket bebreides for sin overtredelse. Fra de alminnelige veiledningsregler og veiledningsbestemmelser på andre områder vet vi at

30 Se Ot.prp. nr 1 (2000–2001) pkt. 15.1.

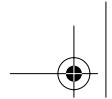
31 Se for eksempel Sivilombudsmannens årsmelding 1999 s. 53.

brudd på veiledningsplikten kan få konsekvenser for forvaltningens adgang til å treffe senere vedtak med et bestemt innhold. Manglende veiledning om utfylling av skjemaer og oppfyllelse av formalia i forbindelse med søknader kan få den konsekvens at forvaltningen ikke kan avvise eller avslå søknaden på formelt grunnlag. I enkelte tilfelle, som i sosialomsorgen og barnevernet, kan manglende veiledning utgjøre en materiell kompetanseskranke ut fra en anvendelse av det minste inngreps prinsipp. Hvis foreldrene ikke er tilbudt og gitt tilstrekkelig veiledning og bistand, vil det kunne være til hinder for at barnevernet kan gå til omsorgovertakelse av et barn.

Slike konsekvenser av manglende veiledning er ikke en sanksjon på manglende oppfyllelse av en veiledningsplikt, men en konkret anvendelse av aktuelle ugyldighets- og kompetansebestemmelser. Hvorvidt det å forelegge en sak for Konkurransetilsynet bør ha betydning i en senere sak om sanksjoner mot foretaket, må i tråd med dette løses ikke ut fra en tolkning av veiledningsplikten, men ut fra en tolkning av sanksjonsbestemmelsene.

Det er ikke tvil om at et forhold rammes av konkurranseloven uavhengig av om spørsmålet er lagt frem for tilsynet. Tilsynet har ikke kompetanse til å dispensere fra lovens forbud. At en sak er forelagt for tilsynet kan derfor selvsagt ikke føre til at den ikke kan rammes av §§ 10 eller 11 til og med om tilsynet skulle gi en uttalelse som innebærer at forholdet etter tilsynets oppfatning ikke rammes. Dette kan ha praktiske konsekvenser i en sak mellom to private parter om for eksempel gyldigheten av en avtale, erstatning eller krav på levering eller tilgang til en fasilitet.

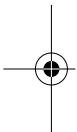
De objektive vilkår for å anvende overtredelsesgebyr etter § 29 eller straff etter § 30 er derfor uansett oppfylt dersom forholdet for øvrig rammes. Skulle foreleggelsen for tilsynet diskulpere foretaket, måtte det derfor være fordi dette får betydning for bedømmelsen av om de subjektive vilkår er oppfylt. I denne forbindelse kan det være grunn til å minne om at overtredelsesgebyr ikke bør ilegges utover rent symbolske beløp hvis det ikke på forhånd er fastslått gjennom generelle rettsforskrifter, rettspraksis eller beslutningspraksis at en viss type atferd utgjør en overtredelse. Dette forhindrer ikke at det kan være tvilsspørsmål i saken for eksempel om avgrensning av markedet, dominansvurderingen og vurderingen av atferdens konkrete virkninger i markedet. Men de generelle rettsspørsmål og vurderingen av den aktuelle atferd vil ikke volde tvil. Det vil med andre ord typisk dreie seg om spørsmål som avtaler om fastsettelse av priser, begrensning av produksjon, deling av markedet eller tildeling av kunder og dominerende foretaks leveringsnektelse, forskjellsbehandling, utestenging og lojalitetsrabatter for å stenge konkurrenter ute fra markedet. Det er vanskelig å tenke seg fritak fra sanksjon på grunnlag av en unnskyldelig villfarelse i slike tilfeller. Rettsvillfarelse vil jo uansett ikke fritta. Villfarelse om faktum for eksempel markedet og foreta-



kets posisjon i dette vil heller ikke kunne påberopes, da det ikke er noe generelt vilkår for anvendelse av sanksjoner i slike tilfeller at foretaket er klar over handlingen var ulovlig eller har vært uaktksom i så måte. Det er etter de alminnelige vilkårene tilstrekkelig at foretaket ikke kunne være uvitende om at den aktuelle atferden kunne være konkurransebegrensende.<sup>32</sup> Og denne betingelsen vil jo være oppfylt ved den typen atferd det er tale om også om forholdet har vært forelagt Konkurransetilsynet, selv om tilsynet har unnlatt å ta standpunkt til saken.

Situasjonen er med andre ord den at hvor foretakene objektivt sett trenger beskyttelse fordi rettstilstanden er uavklart, vil det ikke være noe å beskytte mot da sanksjonstrusselen ikke er stor, mens der sanksjonstrusselen er reell, er det liten grunn ut fra det generelle skyldkravet til å gi beskyttelse.

*Hans Petter Graver: Konkurransetilsynets veiledningsplikt – på bakgrunn av forvaltningens alminnelige veiledningsplikt*



<sup>32</sup> Se NOU 2003: 12 s. 130.

